

Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen

Dr. Markus Vischer, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

I. Rechtsnatur und Charakter von earn out-Klauseln

In Unternehmenskaufverträgen, d.h. Verträgen über den Kauf von Unter-

nehmen¹ finden sich oft so genannte earn out-Klauseln.

Earn out-Klauseln sind Klauseln, aufgrund derer der Käufer nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrages dem Verkäufer einen von bestimmten, nach diesem Vollzug eintretenden (und damit zukünftigen) Ereignissen abhängigen Kaufpreis zahlt.

Earn out-Klauseln enthalten damit die Verpflichtung des Käufers zu einer Kaufpreiszahlung unter bestimmten Bedingungen². Die Bedingungen bestimmen dementsprechend, ob und in welchem Umfang der Käufer einen Kaufpreis leisten muss. Earn out-Klauseln führen damit zu einem variablen Kaufpreis³.

Üblich ist die Vereinbarung von suspensiven Bedingungen⁴.

Die Bedingungen können positive Bedingungen⁵ sein wie bei der Vereinbarung der Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens während einer bestimmten Zeitperiode oder der Bezahlung eines bestimmten Betrages

Bei Unternehmenskäufen führen Ertragswertüberlegungen zum Einbezug des künftigen Gewinns in die Kaufpreisermittlung. Die daraus entstehenden entgegengesetzten Vorstellungen der Vertragsparteien über den Kaufpreis werden häufig mit Earn out-Klauseln überbrückt. Der Autor beleuchtet die rechtliche Einordnung von Earn out-Klauseln und erörtert die Regelungspunkte, die bei der Vertragsgestaltung besonderer Aufmerksamkeit bedürfen. Zi.

Lors d'achats d'entreprises, les réflexions sur la valeur de rendement amènent à prendre en compte le bénéfice futur pour la fixation du prix de vente. Suite à cette analyse, les parties ont souvent une perception divergente du prix de vente. Il est alors fréquent de concilier les points de vue en adoptant une clause d'«earn-out», qui consiste à faire dépendre tout ou partie du prix de vente de la réalisation de certaines conditions (suspensives) liées aux risques futurs. L'auteur analyse la qualification juridique de ces clauses d'earn-out et présente les points qui doivent faire l'objet d'un examen particulier lors de la rédaction du contrat. P.P.

¹ Zum Begriff des Unternehmens z.B. *Weber*, SPR II/4, 14 ff.; *ZK-Higi*, Vorbemerkungen zum 8. Titelbis (Art. 275–304 OR) N 98; *Rolf Watter*, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, N 127 ff.

² Zum Begriff der Bedingung im Rechtssinn im Allgemeinen z.B. *Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 9 N 1 ff.; *Alexander Gutmans*, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingungen (Art. 156 OR), Basel und Frankfurt am Main, 1995, 8 ff.; siehe auch *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 508, der m.E. zu Unrecht unter (irrtümlicher) Berufung auf *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, 257, der Auffassung ist, dass keine Bedingung im Rechtssinn vorliegt, wenn der Inhalt eines Vertrages von einem unbestimmten künftigen Ereignis (z.B. dem Börsenkurs an einem bestimmten Termin) abhängt; gl. M. wie *Bucher* offenbar auch *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 7. A., Zürich 1998, N 4087; siehe auch II.C. zur Qualifikation des Unternehmenskaufvertrages mit einer earn out-Klausel als partiarisches Rechtsgeschäft.

³ Entsprechend werden earn out-Klauseln oft unter der Überschrift bzw. dem Stichwort variabler Kaufpreis abgehandelt, so z.B. *Hans-Joachim Holzapfel/Reinhard Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 10. A., Köln 2001, N 737 f.; *Etienne Schön*, Unternehmensbewertung im Gesellschafts- und Vertragsrecht, Zürich 2000, 171 ff.; *Watter* (zit. Anm. 1) N 497 ff.

⁴ Zur suspensiven Bedingung im Allgemeinen z.B. *Koller/Schnyder/Druey* (zit. Anm. 2) § 9 N 12; *Gutmans* (zit. Anm. 2) 10 f.; siehe auch *Dieter Meier*, Das partiarische Darlehen, Basel 1988, 38, der die beim partiarischen Darlehen vereinbarten Bedingungen generell als suspensive Bedingungen qualifiziert.

⁵ Dazu im Allgemeinen z.B. *OR-Ehrat*, Vorbemerkungen zu Art. 151–157 OR, N 10; *Gutmans* (zit. Anm. 2) 12.

bei Erhalt einer bestimmten Bewilligung durch das verkaufte Unternehmen bis zu einem gewissen Zeitpunkt. Denkbar ist aber auch die Vereinbarung von negativen Bedingungen⁶ wie die Bezahlung eines bestimmten Betrages, wenn sich ein bestimmtes Risiko wie z.B. die Kündigung durch gewisse Schlüsselmitarbeiter des verkauften Unternehmens bis zu einem gewissen Zeitpunkt nicht verwirklicht.

In der Regel sind die im Unternehmenskaufvertrag in der earn out-Klausel vereinbarten Bedingungen gemischte Bedingungen, also Bedingungen, die teilweise von Handlungen Dritter und sonstiger Ereignisse und teilweise vom Willen des Käufers oder, seltener, des Verkäufers abhängen⁷.

Der mit solchen earn out-Klauseln erfolgsabhängig⁸ gestaltete Kaufpreis kann als alleiniger Kaufpreis oder als zusätzliches Kaufpreislelement neben einem fixen Kaufpreislelement vereinbart werden. Letzteres ist im Unternehmenskaufvertrag die Regel⁹.

Wird im Unternehmenskaufvertrag vorgesehen, dass der Käufer dem Verkäufer die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit von einem bestimmten Erfolg, mindestens aber einen bestimmten Minimalbetrag schuldet, liegt eine unechte Minimalgarantie vor¹⁰.

Vereinbarungen von earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen sind grundsätzlich zulässig. Denn es genügt nach Art. 184 Abs. 3 OR, dass der Kaufpreis nach den Umständen bestimmbar ist, was der Fall ist, wenn die Bestimmung des Kaufpreises wie bei den earn out-Klauseln (ganz oder teilweise) von einem künftigen Ereignis abhängt und nicht der Willkür einer Partei oder eines Dritten überlassen ist¹¹.

Klauseln betreffend earn out können so formuliert werden, dass sie

nicht nur zur Zahlung eines (zusätzlichen) Kaufpreises durch den Käufer führen können, sondern u.U. auch zu einer Zahlung des Verkäufers an den Käufer. Ein solcher «negativer Kaufpreis»¹² ist z.B. dann geschuldet, wenn die Parteien nicht nur eine vom Gewinn des verkauften Unternehmens abhängige Zahlung des Käufers an den Verkäufer, sondern auch eine vom Verlust des verkauften Unternehmens abhängige Zahlung des Verkäufers an den Käufer vereinbaren. Es liegt dann nicht nur eine earn out-Klausel im definierten Sinne vor, sondern je nach Ausgestaltung ein bedingtes Leistungsversprechen des Verkäufers oder eine Garantie des Verkäufers im Sinne von Art. 111 OR¹³.

Das Motiv für earn out-Klauseln¹⁴ im Unternehmenskaufvertrag liegt in der Überbrückung von divergierenden Ansichten über den Kaufpreis des zum Verkauf stehenden Unternehmens¹⁵ und damit auch über den Umfang der Gewährleistungen des Verkäufers und der sonstigen Absicherungen des Käufers, nachdem diese Absicherungen ebenfalls kaufpreisrelevant sind¹⁶. Da in der Regel Ertragswertüberlegungen bei der Unternehmensbewertung bzw. der Kaufpreisermittlung im Vordergrund stehen¹⁷, erstaunt es nicht, dass earn out-Klauseln, welche die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Gewinn des verkauften Unternehmens während einer bestimmten (zukünftigen) Zeitperiode vorsehen, in Unternehmenskaufverträgen weitaus am häufigsten anzutreffen sind¹⁸.

Wirtschaftlich identische oder ähnliche Resultate wie mit earn out-Klauseln können im Unternehmensvertrag mittels selbstständiger Garantien des Verkäufers erreicht werden, was nicht erstaunt, haben doch selbstständige Garantien im

Unternehmenskaufvertrag wie earn out-Klauseln oft die zukünftige Entwicklung zum Gegenstand¹⁹. So kann der Verkäufer dem Käufer im Unternehmenskaufvertrag z.B. einen be-

⁶ Dazu im Allgemeinen z.B. OR-Ehret, Vorbermerkungen zu Art. 151-157 OR, N 10; Gutmans (zit. Anm. 2) 12.

⁷ Zu den gemischten Bedingungen im Allgemeinen z.B. Gutmans (zit. Anm. 2) 13 f.; zur Charakterisierung der Bedingung (des Erwirtschaftens eines bestimmten Gewinns oder Umsatzes) bei der Vereinbarung der Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom zukünftigen Gewinn oder Umsatz des verkauften Unternehmens als gemischte Bedingung Meier (zit. Anm. 4) 37.

⁸ Z.B. Holzapfel/Pöllath (zit. Anm. 3) N 722.

⁹ Holzapfel/Pöllath (zit. Anm. 3) N 737 bez. «Zusatzvergütung».

¹⁰ Zu solchen unechten Minimalgarantien im Allgemeinen z.B. Beat Kleiner, Bankgarantie, 4. A., Zürich 1990, N 10.3 f.

¹¹ Im Allgemeinen z.B. ZK-Schönle, Art. 184 OR N 86 ff.; zur eingeschränkten Handlungsfreiheit der Parteien nachstehend II.C.

¹² Watter (zit. Anm. 1) N 502.

¹³ Zur «Verlustgarantie» z.B. BGE 113 II 436; Koller/Schnyder/Druey (zit. Anm. 2) § 16 N 17.

¹⁴ Und Klauseln, die u.U. zur Zahlung eines «negativen Kaufpreises» führen.

¹⁵ Holzapfel/Pöllath (zit. Anm. 3) N 737; Watter (zit. Anm. 1) N 497.

¹⁶ Siehe generell zum Verhältnis von Absicherungen und Kaufpreis z.B. Holzapfel/Pöllath (zit. Anm. 3) N 730.

¹⁷ Z.B. Markus Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 2001 368, mit weiteren Nachweisen.

¹⁸ Siehe auch Rudolf Tschäni, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 1991, § 6 N 5, § 7 N 2, der dementsprechend earn out-Klauseln enger definiert und unter ihnen nur Klauseln versteht, die eine vom Gewinn des verkauften Unternehmens abhängige (zusätzliche) Kaufpreiszahlung vorsehen; ähnlich wohl Watter (zit. Anm. 1) N 497 ff.

¹⁹ Z.B. Vischer (zit. Anm. 17) 368; im Allgemeinen z.B. Koller/Schnyder/Druey (zit. Anm. 2) § 16 N 17.

stimmten Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens während einer bestimmten (zukünftigen) Zeitperiode oder den Erhalt einer bestimmten Bewilligung durch das verkaufte Unternehmen bis zu einem gewissen (zukünftigen) Zeitpunkt oder die Nichtrealisierung eines bestimmten Risikos wie z.B. die Kündigung durch gewisse Schlüsselmitarbeiter des verkauften Unternehmens bis zu einem gewissen (zukünftigen) Zeitpunkt garantieren. Tritt in diesen Fällen der Garantiefall ein, schuldet der Verkäufer dem Käufer einen bestimmten Betrag. Obwohl bei earn out-Klauseln die Sachlage umgekehrt ist, also der Käufer dem Verkäufer einen bestimmten Betrag schuldet, ist das wirtschaftliche Resultat und, bei Kaufpreisrückbehalten zur Absicherung der Garantien oder Anzahlungen auf den erfolgsabhängigen Kaufpreis, sogar der Zahlungsfluss oft identisch,

insbesondere dann, wenn die Parteien die Folgen der Verletzung der Garantien des Verkäufers im Unternehmenskaufvertrag genau regeln²⁰.

Nicht zu verwechseln mit den von den Parteien im Rahmen der earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen vereinbarten Bedingungen sind die so genannten closing conditions, d.h. Bedingungen, welche das kaufvertragliche Verpflichtungsgeschäft insgesamt oder die Verpflichtung der Parteien zum Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts zum bedingten Rechtsgeschäft bzw. zur bedingten Verpflichtung machen. Solche Bedingungen sind entweder Bedingungen im Rechtssinne oder Rechtsbedingungen²¹ wie wettbewerbsrechtliche Bewilligungen oder Lex F-Bewilligungen²².

Earn out-Klauseln im Unternehmenskaufvertrag führen deshalb nicht zu einem bedingten Unternehmenskaufvertrag. Bedingt ist nur eine Forderung aus dem Unternehmenskaufvertrag, nämlich die Forderung des Verkäufers auf einen (evtl. zusätzlichen) Kaufpreis²³.

II. Problempunkte bei der Formulierung von earn out-Klauseln

A. Einleitung

Die Formulierung von earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen stellt hohe Anforderungen an die Vertragsgestaltung. Im Folgenden sollen einige Punkte besonders beleuchtet werden, die dabei besonderer Aufmerksamkeit bedürfen.

B. Umschreibung der Erfolgsbeteiligung

Im Unternehmenskaufvertrag ist die Art der Erfolgsbeteiligung zu umschreiben.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz des verkauften Unternehmens vorgesehen, so ist u.a. zu fixieren, welcher Umsatz in welchem Zeitraum zur Beteiligung berechtigt.

- Ist es der Bruttoumsatz oder der Nettoumsatz nach Abzug gewisser Erlösminderungen wie der MwSt, von Rabatten, Skonti, Frachtspesen und anderen Erlösminderungen?
- Ist es der während einer bestimmten Zeitperiode in Rechnung gestellte und allenfalls sogar bezahlte Umsatz?
- Ist es der Umsatz des verkauften Unternehmens oder einzelner Geschäftsbereiche des verkauften Unternehmens?
- Ist der Umsatz mit anderen Unternehmen des Käufers zu berücksichtigen?²⁴

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Gewinn des verkauften Unternehmens vorgesehen, so ist u.a. zu fixieren, welcher Gewinn in welchem Zeitraum massgebend ist.

- Ist es der cash flow, der EBIDTA, der EBIT oder eine andere Kenngrösse?
- Sind allfällige ausserordentliche Erträge oder Aufwendungen zu berücksichtigen?
- Sind gewisse Erträge oder Aufwendungen (wie z.B. Belastungen durch andere Unternehmen des Käufers) zu berücksichtigen?
- Sind allfällige Verlustvorträge zu verrechnen?
- Nach welchen Bilanzierungsregeln ist der Gewinn zu ermitteln?
- Ist es der Gewinn des verkauften Unternehmens oder einzelner Geschäftsbereiche?²⁵

Insbesondere ist die Art der Erfolgsbeteiligung bei allfälligen Umstrukturierungen des verkauften Unternehmens genau zu umschreiben. Al-

²⁰ Dazu und zu den selbstständigen Garantien im Unternehmenskaufvertrag im Allgemeinen *Vischer* (zit. Anm. 17) 368.

²¹ Zum Begriff im Allgemeinen z.B. *Merz*, SPR VI/1, 152.

²² Siehe auch *Peter Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: *Mergers & Acquisitions*, Herausgeber: Rudolf Tschäni, Zürich 1998, 104 ff.; *Tschäni* (zit. Anm. 18) § 7 N 12 f., 10 N 27 ff.; *Watter* (zit. Anm. 1) N 572 ff.

²³ *Meier* (zit. Anm. 4) 38 für das partiarische Darlehen.

²⁴ Zu solchen Fragen im Rahmen von Art. 322a OR z.B. *ZK-Staehelin*, Art. 322a OR N 10; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel*, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, Art. 322a OR N 3.

²⁵ Zu solchen Fragen im Rahmen von Art. 322a OR z.B. *BGE* 81 II 151 f.; *ZK-Staehelin*, Art. 322a OR N 3 ff.; *Streiff/von Kaenel* (zit. Anm. 24) Art. 322a OR, N 4 ff.; siehe auch *Meier* (zit. Anm. 4) 43 f. zum Begriff des Gewinns beim partiarischen Darlehen.

lerdings lassen sich im Unternehmenskaufvertrag auch diesbezüglich kaum alle Eventualitäten regeln²⁶. In der Praxis werden deshalb dem Käufer oft gewisse Umstrukturierungen (während einer gewissen Zeitdauer) überhaupt verboten²⁷ bzw. gewisse Umstrukturierungen nur bei vorgängiger Einigung über eine Anpassung der earn out-Klausel erlaubt²⁸.

Weiter ist genau zu umschreiben, in welchem Prozess der die Beteiligung auslösende Erfolg ermittelt wird.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Gewinn des verkauften Unternehmens vorgesehen, so ist zu bestimmen, innert welcher Frist welche Person eine erste Bilanz zu erstellen hat, innert welcher Frist in welcher Form welche Person allfällige Einwendungen gegen diese erste Bilanz erheben kann und in welchem Verfahren allfällige Streitpunkte geklärt werden. Im Regelfall drängt sich diesbezüglich eine Streiterledigung mittels Schiedsgutachter auf²⁹.

Mit Vorteil werden die entsprechenden Klauseln Fachleuten vor allem im Bereich der Buchhaltung zur Überprüfung vorgelegt³⁰.

C. Umschreibung der Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte

Im Unternehmenskaufvertrag sind zudem die Handlungspflichten beider Parteien und die Mitwirkungsrechte bei der Herbeiführung des Erfolgs zu regeln.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens vereinbart, so kann z.B. geregelt werden, welche Entscheide der Käufer (bzw. seine Repräsentanten im verkauften Unter-

nehmen) bei der Führung des verkauften Unternehmens der Käufer fällen und implementieren muss³¹ bzw. welche Entscheide der Käufer nicht bzw. nur mit Zustimmung des Verkäufers und/oder nach vorgängiger Anpassung der earn out-Klausel treffen kann³² bzw. vor welchen Entscheiden der Verkäufer mindestens anzuhören ist³³. Die entsprechenden Regeln zum Schutze des Verkäufers gleichen inhaltlich den Regeln, die zum Schutz des Käufers betreffend Führung des Unternehmens oft für die Zeit zwischen Vertragsabschluss und Vollzugs des Unternehmenskaufvertrages vereinbart werden³⁴.

Solche Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte sollten auch dann im Unternehmenskaufvertrag geregelt werden, wenn der Verkäufer oder Repräsentanten des Verkäufers nach dem Vollzug dieses Vertrages in leitender Stellung aufgrund eines Auftrages oder Arbeitsvertrages im verkauften Unternehmen tätig sind. Das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer auf der einen Seite und das Rechtsverhältnis Auftraggeber bzw. Arbeitgeber und Auftragnehmer bzw. Arbeitnehmer und die entsprechenden gegenseitigen Rechte und Pflichten sind grundsätzlich verschieden. Andererseits ist nicht zu leugnen, dass es dem Verkäufer z.B. dann einfacher fällt, eine earn out-Klausel mit wenigen Einflussmöglichkeiten auf das verkaufte Unternehmen zu akzeptieren, wenn er im verkauften Unternehmen in leitender Stellung tätig bleiben kann und wenigstens so gewisse Einflussmöglichkeiten hat. Entsprechend werden earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen oft in solchen Fällen vereinbart³⁵.

Werden solche Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte im Unternehmenskaufvertrag mit earn out-Klausel

statuiert, liegt unter Umständen³⁶ eine einfache Gesellschaft oder mindestens ein gemischtes oder gesellschaftsähnliches Vertragsverhältnis vor. Umgekehrt liegt dann, wenn keine solchen Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte vereinbart werden, im Regelfall nicht eine einfache Gesellschaft oder mindestens ein gemischtes oder gesellschaftsähnliches Vertragsverhältnis, sondern ein synallagmatischer Vertrag vor. Dieser charakterisiert sich als ein partiarisches Rechtsgeschäft³⁷, weil die Kaufpreiszahlung erfolgsbedingt, d.h. nur

²⁶ Siehe auch *Watter* (zit. Anm. 1) N 500.

²⁷ So, oft auch aus steuerlichen Gründen, z.B. *Watter* (zit. Anm.1) N 561, z.B. eine Fusion des verkauften Unternehmens mit einem weiteren Unternehmen des Käufers.

²⁸ Siehe auch *Meier* (zit. Anm. 4) 80 ff. zur (von ihm schlussendlich zu Recht bejahten) Frage, ob der Borger beim partiarischen Darlehen (bei Fehlen einer vertraglichen Regelung) ohne Zustimmung des Darleihers das Geschäft veräussern darf.

²⁹ *Tschäni* (zit. Anm. 18) § 7 N 2; *Watter* (zit. Anm. 1) N 500.

³⁰ Gl.M. *Watter* (zit. Anm. 1) N 500.

³¹ Z.B. die Zusammenführung verschiedener Vertriebsstrukturen.

³² Z.B. eine Fusion des verkauften Unternehmens mit einem anderen Unternehmen des Käufers; siehe schon II.B.

³³ Z.B. vor dem Eingehen wichtiger Verträge durch das verkaufte Unternehmen.

³⁴ Siehe dazu z.B. *Tschäni* (zit. Anm. 18) § 7 N 15; *Watter* (zit. Anm. 1) N 562 ff.

³⁵ *Tschäni* (zit. Anm. 18) § 6 N 5, § 7 N 2.

³⁶ Z.B. dann, wenn auch noch eine Zahlung des Verkäufers an den Käufer bei Verlust des verkauften Unternehmens vereinbart wurde, siehe dazu I.

³⁷ Zur Abgrenzung von partiarischem Rechtsgeschäft und einfacher Gesellschaft im Allgemeinen z.B. *Ueli Sommer*, Die stille Gesellschaft, Zürich 2000, 56 ff.; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. A., Bern 1993, § 1 N 53; zum gemischten oder gesellschaftsähnlichen Vertragsver-

hältnis z.B. *Martin Furrer*, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft, Zürich 1996, 131 f., 140 f.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 38) § 1 N 60 und *Alain Hirsch*, Article 530 CO Contrat mixte et société simple Arrêt du Tribunal fédérale *Herren/Poncet* du 7 mai 1968, SAG 1974 133 ff.; siehe auch bezüglich gesellschaftsähnlichen Lizenzverträgen und als Gesellschaftsverträge zu qualifizierende Lizenzverträge *Roland von Büren*, Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, herausgegeben von *Roland von Büren* und *Lucas David*, Erster Band: Allgemeiner Teil, Erster Teilband: Grundlagen, Basel und Frankfurt am Main 1995, 250 f.

³⁸ Siehe schon I.; zur Rechtsnatur z.B. des partiarischen Darlehens als Vertrag, bei der die Vergütungspflicht des Borgers bedingt geschuldet ist, z.B. *Ulysses v. Salis-Lütolf*, Private Equity Finanzierungsverträge, Zürich, Basel, Genf 2002, 160; *Sommer* (zit. Anm. 37) 60; *Michael Guery*, Die Abgrenzung des partiarischen Darlehens von der Gesellschaft mit Vergleich zum deutschen und französischen Recht, Zürich 1999, 3; OR-Schärer, Art. 312 OR N 37; *Meier* (zit. Anm. 4) 36 ff.; *Peter Graf*, Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung oder das partiarische Darlehen, besonders seine Abgrenzung von der Gesellschaft, Affoltern am Albis 1951, 8 f.

³⁹ Dazu im Allgemeinen z.B. *Koller/Schnyder/Druet* (zit. Anm. 2) § 9 N 3; OR-Ehrat, Vorbemerkungen zu Art. 151-157 OR, N 2; *Gutmans* (zit. Anm. 2) 7 f.; a.M. *Meier* (zit. Anm. 4) 68 ff., der für das partiarische Darlehen auch bei Fehlen einer vertraglichen Abrede eine eigentliche Tätigkeitspflicht «als stillschweigend vereinbarte Vertragspflicht» annimmt; siehe aber auch *Meier* (zit. Anm. 4) 70 ff. bezüglich Ablehnung einer eigentlichen «Bemühungspflicht».

⁴⁰ Für den partiarischen Arbeitsvertrag z.B. *ZK-Staehelin*, Art. 322a OR N 9 und Art. 322b OR N 7; für den partiarischen Darlehensvertrag z.B. *Guery* (zit. Anm. 38) 7 f., 90, 99 f., 137; *Graf* (zit. Anm. 38) 24 ff.

⁴¹ Für das partiarische Darlehen z.B. *Guery* (zit. Anm. 38) 7, 100 f.; *Meier* (zit. Anm. 4) 38, 72 f.; *Graf* (zit. Anm. 38) 25 f., 53 ff.

⁴² *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 2) N 4118; a.M. *ZK-Baumann*, Art. 2 ZGB N 266 bezüglich Analogieschluss.

unter bestimmten Bedingungen im Rechtssinne geschuldet ist³⁸.

Liegt ein partiarisches Rechtsgeschäft vor, so hat der Verkäufer und der Käufer mangels anderslautender Vereinbarung keine eigentlichen Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte, insbesondere keine nach Art. 535 ff. OR. Verkäufer und Käufer wollten ihr Handeln in diesem Fall nur mittels Bedingungen und nicht mittels eigentlicher Handlungspflichten und Mitwirkungsrechte beeinflussen³⁹.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens vereinbart worden, bedeutet dies, dass der Käufer grundsätzlich frei ist, wie er das verkaufte Unternehmen führt, und der Käufer keine Handlungspflichten und der Verkäufer keine Mitwirkungsrechte hat⁴⁰.

Die Handlungsfreiheit der Parteien findet allerdings wie bei jedem be-

⁴³ Z.B. *Gutmans* (zit. Anm. 2) 135 ff.; siehe auch Kantonsgericht Appenzell I.Rh. in SJZ 1991 379 f.

⁴⁴ BGE 117 II 280 f.; 113 II 36; 109 II 21 ff.; OR-Ehrat, Art. 156 OR N 6; *Graf* (zit. Anm. 38) 54 ff.

⁴⁵ *Gutmans* (zit. Anm. 2) 205 ff.; für das partiarische Darlehen z.B. *Guery* (zit. Anm. 38) 100; a.M. *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (zit. Anm. 2) N 4152, die mindestens fahrlässiges Handeln als erforderlich betrachten.

⁴⁶ Für das Verantwortlichkeitsrecht z.B. *Georg Krneta*, Praxiskommentar, Verwaltungsrat, Bern 2001, N 2060 f.; siehe auch für das Verantwortlichkeitsrecht *Andrea R. Grass*, Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000 2, wonach Richter keine Manager und Verwaltungsräte keine Propheten sind und das unternehmerische Risiko grundsätzlich vom Aktionär zu tragen ist; siehe auch *Merz*, SPR VI/1, 166, der für Zurückhaltung bei der Annahme eines treuwidrigen Verhaltens im Rahmen von Art. 156 OR plädiert.

dingten bzw. partiarischen Rechtsgeschäft ihre Schranke in Art. 156 OR⁴¹. Nach dieser Bestimmung darf eine Partei den Eintritt einer (positiven) Bedingung nicht nach Treu und Glauben verhindern bzw., per analogiam, den Eintritt einer (negativen) Bedingung nicht wider Treu und Glauben herbeiführen⁴². Treuwidrig im Sinne dieser Bestimmung handelt, wer ohne ernsthaften sachlichen Grund den Eintritt einer Bedingung verhindert bzw. herbeiführt⁴³. Nicht notwendig ist vorsätzliches Handeln bzw. eine Verhinderungs- oder Herbeiführungsabsicht⁴⁴, ja nicht einmal schuldhaftes Handeln⁴⁵.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens vereinbart worden, bedeutet dies, dass der Käufer in der Führung des verkauften Unternehmens zwar grundsätzlich frei ist, seine Freiheit aber nur soweit reicht, als sich ernsthafte sachliche Gründe für eine bestimmte umsatz- oder gewinnrelevante Massnahme oder Unterlassung anführen lassen. Bei der Beantwortung, ob ein ernsthafter sachlicher Grund vorliegt, ist kein allzu strenger Massstab anzulegen. Analog den für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten entwickelten Grundsätzen ist zu sagen, dass dem Käufer nichts vorzuwerfen ist, wenn er bei der Führung des verkauften Unternehmens die in Betracht kommenden Möglichkeiten mit der ihm zumutbaren Professionalität beurteilt hat und aufgrund einer fundierten Abwägung zu einer vertretbaren Entscheidung gekommen ist, auch wenn es ex post die Falsche war⁴⁶. Liegt kein ernsthafter sachlicher Grund vor, gilt die Bedingung als eingetreten. Es ist jener Umsatz oder Gewinn massgebend, der

nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung eingetreten wäre, hätte der Käufer die bewusste Massnahme oder die bewusste Unterlassung nicht vorgenommen⁴⁷. Der entsprechende Anspruch ist ein Erfüllungsanspruch unter Zugrundelegung eines «fiktiven Ertrags»⁴⁸ und kein Schadenersatzanspruch⁴⁹.

Zum selben Resultat gelangt man, wenn man Art. 2 ZGB direkt anwendet und nicht den Umweg über Art. 156 OR nimmt⁵⁰.

Art. 156 OR und auch Art. 2 ZGB begründen wie ausgeführt keine eigentlichen Handlungspflichten bzw. Mitwirkungsrechte. So kann der Verkäufer bei Verabredung der Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens im Falle der Liquidation des verkauften Unternehmens durch den Käufer bei Fehlen einer vertraglichen Regelung nicht gestützt auf Art. 156 OR bzw. Art. 2 ZGB die Weiterführung des verkauften Unternehmens durchsetzen. Er kann aber gestützt auf Art. 156 OR bzw. Art. 2 ZGB eine Zahlung des Käufers unter der earn out-Klausel verlangen, wenn keine ernsthaften sachlichen Gründe für die Liquidation vorlagen⁵¹.

D. Umschreibung der Rechenschaftsablagepflichten und Kontrollrechte

Im Unternehmenskaufvertrag sind zudem die Rechenschaftsablagepflicht und das Kontrollrecht des Verkäufers und des Käufers bezüglich Eintreten des Erfolgs zu regeln. Dies kann z.B. mittels einer genauen Beschreibung des Prozesses, in dem der die Beteiligung auslösende Erfolg ermittelt wird, geschehen⁵².

Nachdem der Unternehmenskaufvertrag mit earn out-Klausel im Regelfall ein partiarisches Rechtsgeschäft und keine einfache Gesellschaft darstellt⁵³, kommen die Regeln der einfachen Gesellschaft, insbesondere Art. 541 OR, nicht zum Zug.

Dennoch ist es nicht so, dass keine Rechenschaftsablagepflicht und kein Kontrollrecht bestehen. Vielmehr ist gestützt auf Art. 2 ZGB auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung bzw. sogar bei vertraglichem Ausschluss jeder Rechenschaftsablagepflicht und jedes Kontrollrechts⁵⁴ eine solche Pflicht und ein solches Recht anzunehmen⁵⁵. Die Rechenschaftsablagepflicht trifft v.a. diejenige Partei, die den Eintritt bzw. Nichteintritt des die Beteiligung auslösenden Erfolgs beurteilen kann. Das Kontrollrecht steht der anderen Partei zu. Damit verhält es sich nicht anders als bei anderen partiarischen Rechtsverhältnissen, bei denen auch bei Fehlen einer vertraglichen Regelung ebenfalls vom Bestehen einer Rechenschaftsablagepflicht und einem Kontrollrecht ausgegangen wird⁵⁶.

Es rechtfertigt sich, bezüglich Inhalt der Rechenschaftsablagepflicht und des Kontrollrechts Art. 322a Abs. 2 OR bzw. Art. 322c Abs. 2 OR⁵⁷ analog anzuwenden⁵⁸. Die Rechenschaftsabla-

gepflicht und das Kontrollrecht gehen damit nur soweit, als dies für die Nachprüfung erforderlich ist⁵⁹. Das Kontrollrecht ist damit (bei fehlender anderslautender Regelung im Unternehmenskaufvertrag) weniger umfas-

⁵² Siehe dazu schon II.B.

⁵³ Siehe dazu II.C.

⁵⁴ Zur unabdingbaren Natur dieser Pflichten bzw. Rechte z.B. BK-Fellmann, Art. 400 OR N 58 für das Auftragsrecht; siehe auch Guery (zit. Anm. 38) 107 für das partiarische Darlehen.

⁵⁵ Für Auskunfts- und Rechenschaftspflichten gestützt auf Art. 2 ZGB im Allgemeinen z.B. BK-Merz, Art. 2 ZGB N 278; kritisch zur Herleitung von Nebenpflichten aus Art. 2 ZGB z.B. BK-Weber, Art. 97 OR N 78; siehe auch OR-Schluep/Amstutz, Einleitung vor Art. 184 ff. OR N 390 zum gesteigerten Vertrauensverhältnis beim partiarischen Rechtsgeschäft und den daraus abzuleitenden Schutz- und Rücksichtnahmepflichten.

⁵⁶ Für die partiarischen Rechtsverhältnisse im Allgemeinen z.B. Meier-Hayoz/Forstmoser (zit. Anm. 38) § 1 N 59; für den partiarischen Pachtvertrag z.B. ZK-Higi, Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 275–304 OR) N 112; für den partiarischen Darlehensvertrag z.B. Guery (zit. Anm. 38) 104 ff.; Meier (zit. Anm. 4) 74 ff.; für den partiarischen Verlagsvertrag z.B. OR-Hilty, Art. 389 N 2; für den partiarischen Lizenzvertrag z.B. Reto Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 504 ff. (mit Hinweisen auf die abweichende deutsche Lehre bezüglich Kontrollrecht) und Ralph Schlosser, Le contrat de savoir-faire, Lausanne 1996, 232 ff.

⁵⁷ Mit den Konkretisierungen in Art. 322a Abs. 3 OR bzw. Art. 322c Abs. 1 OR.

⁵⁸ Für das partiarische Darlehen z.B. v. Salis-Lütolf (zit. Anm. 38) 160; Sommer (zit. Anm. 37) 70, OR-Schärer, Art. 312 OR N 38; Meier (zit. Anm. 4) 76 f.; für den partiarischen Verlagsvertrag z.B. OR-Hilty, Art. 389 OR N 2; für den partiarischen Lizenzvertrag z.B. Hilty (zit. Anm. 56) 504 ff.

⁵⁹ Im Resultat gleich für den partiarischen Pachtvertrag z.B. ZK-Higi, Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 275–304 OR) N 113.

⁴⁷ Siehe zu einer solchen Fragestellung im Allgemeinen BGE 42 II 357 ff.; dazu im Allgemeinen z.B. Gutmans (zit. Anm. 2) 131 ff.

⁴⁸ Guery (zit. Anm. 38) 101 für das partiarische Darlehen.

⁴⁹ Im Allgemeinen ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N 268; Graf (zit. Anm. 38) 55 für das partiarische Darlehen; a.M. offenbar bezüglich des partiarischen Arbeitsvertrages ZK-Staehelin, Art. 322a OR N 9.

⁵⁰ Gutmans (zit. Anm. 2) 209; im Allgemeinen ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N 269.

⁵¹ Für das partiarische Darlehen z.B. Guery (zit. Anm. 38) 90; Graf (zit. Anm. 38) 25 f.

send als das Kontrollrecht des Gesellschafters nach Art. 541 OR⁶⁰. Dennoch

⁶⁰ ZK-*Staehelin*, Art. 322a OR N 13.

⁶¹ Zu eng m.E. ZK-*Staehelin*, Art. 322a OR N 13, nach dem das Kontrollrecht dem Arbeitgeber nur bei begründetem Verdacht auf falsche Rechenschaftsablage zusteht.

⁶² Zur Kostentragung des Sachverständigen für den partiarischen Lizenzvertrag z.B. *Hilty* (zit. Anm. 56) 506 f.

⁶³ Für das partiarische Darlehen z.B. v. *Salis-Lütolf* (zit. Anm. 38) 160; *Guery* (zit. Anm. 38) 8 f., 102; OR-*Schärer*, Art. 312 OR N 38; *Meier* (zit. Anm. 4) 78 ff.

⁶⁴ OR-*Koller*, Art. 214 OR N 4, auch zum Verhältnis zum Rücktritt nach den allgemeinen Verzugsregeln.

⁶⁵ Und auch des Käufers, z.B. im Rahmen der Sachgewährleistungsbestimmungen, dazu z.B. *Vischer* (zit. Anm. 17) 361 f.

⁶⁶ Siehe auch *Tschäni* (zit. Anm. 18) § 7 N 24, wonach man unterstellen darf, dass sich der Verkäufer das Rücktrittsrecht vorbehalten hat, wenn (bei einem mittelbaren Unternehmensverkauf) die Aktien bei einem escrow agent hinterlegt sind.

⁶⁷ Z.B. OR-*Wiegand*, Art. 102 OR N 10 bezüglich der Vereinbarung von Verfalltagen, Art. 103 OR N 13, Art. 104 OR N 7, Art. 105 OR N 6, Art. 106 OR N 3, Art. 107 OR N 22, Art. 108 OR N 9; Art. 109 OR N 11.

⁶⁸ Zu den Begriffen des unmittelbaren und mittelbaren Unternehmensverkaufs z.B. *Jürg Luginbühl*, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Zürich 1993, 32, 35 ff.

⁶⁹ Obergericht des Kantons Zürich in SJZ 1966 307 f. bezüglich eines unmittelbaren Verkaufs eines Unternehmens und *Hellmut Stofer*, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. A., Basel und Stuttgart 1972, 58 f. bezüglich Wertpapieren als möglicher Gegenstand von Abzahlungsverträgen im Sinne von Art. 226a OR; siehe auch BGer in JDT 1969 II 89 ff. mit der Anwendung von Abzahlungsrecht auf einen Kaufvertrag mit earn out-Klausel.

⁷⁰ Dazu im Allgemeinen z.B. OR-*Stauder*, Vorbemerkungen zu Art. 226a-226m OR N 33.

⁷¹ In diesem Sinne bei Nichterfüllung der Abrechnungspflicht bzw. des Kontrollrechts im Lizenzvertragsrecht z.B. *Hilty* (zit. Anm. 56) 633 f.

sollte es nicht allzu restriktiv ausgelegt werden⁶¹.

Ist z.B. die Bezahlung eines bestimmten Betrages in Abhängigkeit vom Umsatz oder Gewinn des verkauften Unternehmens vereinbart worden, bedeutet dies, dass der Käufer dem Verkäufer eine detaillierte Abrechnung über den massgebenden Umsatz oder Gewinn vorzulegen hat mit denjenigen Angaben, die eine Nachprüfung ermöglichen. Es bedeutet weiter, dass der Verkäufer selber oder mittels einem vom Käufer akzeptierten oder vom Richter bestimmten Sachverständigen das Recht hat, Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen, soweit dies zur Nachprüfung erforderlich ist⁶².

Diejenige Partei, die ein Kontrollrecht hat, trifft hinsichtlich der im Rahmen der Kontrolle erfahrenen Geschäftsgeheimnisse der anderen Partei eine Geheimhaltungspflicht⁶³, auch wenn im Unternehmenskaufvertrag keine Geheimhaltungspflicht statuiert ist. Diese Geheimhaltungspflicht ergibt sich ebenfalls aus Art. 2 ZGB.

E. Umschreibung der Nichterfüllungsfolgen

Im Unternehmenskaufvertrag sind die Folgen der Nichterfüllung der Zahlungspflicht des Käufers unter der earn out-Klausel zu umschreiben.

Im Vordergrund steht dabei die Beantwortung der Frage, ob ein Rücktritt des Verkäufers bei Verzug des Käufers mit seiner Zahlungspflicht unter der earn out-Klausel möglich sein soll. Diesbezüglich ist Art. 214 Abs. 3 OR zu beachten, wonach ein Rücktritt des Verkäufers nur möglich ist, wenn sich dieser ein Rücktrittsrecht im Kaufvertrag ausdrücklich vorbehalten hat⁶⁴. Im Regelfall wird eine solche Rücktrittsmöglichkeit des

Verkäufers⁶⁵ u.a. wegen der Schwierigkeiten der Rückabwicklung nicht gewünscht sein, weshalb die Parteien im Unternehmenskaufvertrag in der Regel kein Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Verzug des Käufers unter der earn out-Klausel vorsehen⁶⁶.

Bei der Umschreibung der Folgen der Nichterfüllung der Zahlungspflicht des Käufers unter der earn out-Klausel sind die Parteien auch sonst grösstenteils frei, nachdem die Bestimmungen von Art. 102 ff. OR meist dispositives Recht darstellen⁶⁷. Allerdings ist zu beachten, dass sowohl beim unmittelbaren Verkauf eines Unternehmens als auch beim mittelbaren Verkauf eines Unternehmens über den Verkauf der (kontrollverschaffenden) Anteile⁶⁸ möglicherweise Abzahlungsrecht zur Anwendung kommt⁶⁹. Die Anwendung von Abzahlungsrecht würde bedeuten, dass die in Art. 226m Abs. 4 OR genannten drei Bestimmungen auf den Unternehmenskaufvertrag zwingend zugunsten des Käufers⁷⁰ Anwendung fänden. Dies würde u.a. bedeuten, dass der Verkäufer den Restkaufpreis nur unter gewissen Voraussetzungen verlangen könnte, nämlich insbesondere nur dann, wenn der Verkäufer sich dieses Recht im Kaufvertrag ausdrücklich vorbehalten hat.

Unter Umständen sind auch die Folgen der Nichterfüllung allfälliger im Unternehmenskaufvertrag statuerter Handlungspflichten und allfälliger Mitwirkungsrechte, Rechenschaftsablage- und Kontrollrechte der Parteien zu regeln. Wird nichts geregelt, bleibt es bei den allenfalls unbefriedigenden⁷¹ Nichterfüllungsfolgen gemäss den allgemeinen Regeln des OR. Im Vordergrund wird für die jeweils betroffene Partei die Realdurchsetzung ihres Anspruchs bzw.

Schadenersatzansprüche stehen⁷². Im Falle von vom Käufer verletzten Handlungspflichten stehen die Ansprüche des Verkäufers gemäss den allgemeinen Regeln kumulativ neben einem allfälligen Erfüllungsanspruch aufgrund von Art. 156 OR⁷³.

Es mag sich aufdrängen, die Erfüllung gewisser Pflichten, insbesondere der Rechenschaftsablagepflichten und der Geheimhaltungsverpflichtungen⁷⁴, mit Konventionalstrafen abzusichern, oder angesichts der Probleme bezüglich Nachweis über Eintritt und Umfang eines Schadens Schadenspauschalen⁷⁵ zu vereinbaren.

F. Koordination mit anderen Vertragsbestimmungen

Ein Koordinationsbedarf der earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen ergibt sich vor allem mit denjenigen übrigen Bestimmungen im Unternehmenskaufvertrag, die direkt oder mindestens vom wirtschaftlichen Resultat her einen Einfluss auf den Kaufpreis haben und diesen wie earn out-Klauseln variabilisieren⁷⁶.

Der Kaufpreis wird neben earn out-Klauseln in erster Linie direkt durch price adjustment-Klauseln, also Preis-anpassungsklauseln im Unternehmenskaufvertrag beeinflusst. In der Regel handelt es sich dabei um post closing price adjustment-Klauseln, die eine Anpassung des provisorisch vereinbarten (festen) Kaufpreiselements aufgrund von verschiedenen, nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrages in einem bestimmten Verfahren für den Zeitpunkt des Vollzugs oder für einen vor dem Vollzug liegenden Zeitpunkt oder Zeitraum festzustellenden Parameter vorsehen. Trotz des unterschiedlichen Fokus der post closing price adjustment-Klauseln auf den Zeitpunkt des Vollzugs

bzw. einen Zeitpunkt oder Zeitraum davor und der earn out-Klauseln auf einen Zeitpunkt oder Zeitraum nach dem Vollzug besteht ein Koordinationsbedarf. Es muss verhindert werden, dass gegen den Willen der Parteien ein im Zeitpunkt des Vollzugs des Unternehmenskaufvertrages oder davor bestehendes Risiko zu einer Reduktion des Kaufpreises unter der post closing price adjustment-Klausel und, bei Realisierung des Risikos, zu einer weiteren Reduktion des Kaufpreises unter der earn out-Klausel führt. In der Praxis wird dies oft so bewältigt, dass der post closing price adjustment-Klausel Substanzwertüberlegungen⁷⁷ und der earn out-Klausel Ertragswertüberlegungen⁷⁸ zugrunde gelegt werden.

Der Kaufpreis wird weiter mindestens vom wirtschaftlichen Resultat her stark von den Gewährleistungen⁷⁹ beeinflusst⁸⁰. Auch diesbezüglich gilt es zu verhindern, dass es wegen desselben Risikos zu einer Zahlung unter einer Gewährleistung und, bei Realisierung des Risikos, zu einer Reduktion des Kaufpreises unter der earn out-Klausel kommt. Dies kann ebenfalls so bewältigt werden, dass bei den Rechtsfolgen der Gewährleistungsverletzung das Augenmerk auf eine Wiederherstellung der Substanz gerichtet wird⁸¹ und bei der earn out-Klausel Ertragswertüberlegungen zugrundegelegt werden.

Ein Koordinationsbedarf besteht auch bei der Formulierung der Klauseln über die Gewährleistung⁸². Diesbezüglich können sich überall dort Schwierigkeiten ergeben, wo der Kaufpreis für eine Berechnung oder Bestimmung eine Rolle spielt, also z.B. bei der Durchführung der Minderung nach der relativen Methode⁸³ oder bei der Bestimmung von in Relation zum Kaufpreis festgeschriebenen Be-

schränkungen der Erstattungspflicht durch caps, floors, baskets, thresholds, de-minimis-Regeln usw.⁸⁴. Zu regeln ist in diesen Fällen, ob die schon erfolgten Kaufpreiszahlungen unter der earn out-Klausel auf den Zeitpunkt des Vollzugs des Unternehmenskaufvertrages zu diskontieren sind⁸⁵, und wie mögliche zukünftige Kaufpreiszahlungen zu berücksichtigen sind.

G. Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass bei earn out-Klauseln im Unternehmenskaufvertrag

⁷² Zu den Folgen der Nichterfüllung von Nebenpflichten im Allgemeinen z.B. BK-Kramer, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 88 ff.; Merz, SPR VI/1, 69 f.; siehe auch für das partiarische Darlehen Guery (zit. Anm. 38) 102 zu den Folgen der Verletzung der Geheimhaltungspflicht.

⁷³ Siehe zu diesem Erfüllungsanspruch II.c.; siehe auch Gutmans (zit. Anm. 2) 211.

⁷⁴ Meier (zit. Anm. 4) 79 für das partiarische Darlehen.

⁷⁵ Zu Schadenspauschalen im Allgemeinen z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Rey (zit. Anm. 2) N 3974.

⁷⁶ Siehe generell zum Verhältnis von Kaufpreis und Absicherungen des Käufers schon I.

⁷⁷ Z.B. Vischer (zit. Anm. 17) 363 f.; siehe auch Holzapfel/Pöllath (zit. Anm. 3) N 740 ff., die deshalb in diesem Zusammenhang von Bilanzausgleichsformeln sprechen.

⁷⁸ Siehe dazu schon I.

⁷⁹ Im weiteren Sinne, siehe dazu im Allgemeinen z.B. Vischer (zit. Anm. 17) 361 ff.

⁸⁰ Vgl. bereits I. zur funktionalen Ähnlichkeit von earn out-Klauseln und Garantien bezüglich zukünftiger Ereignisse.

⁸¹ Zu Substanzwertüberlegung z.B. bezüglich des Rechtsbehelfs der Minderung Vischer (zit. Anm. 17) 363 und 364.

⁸² Im weiteren Sinne.

⁸³ Dazu z.B. Vischer (zit. Anm. 17) 362.

⁸⁴ Dazu z.B. Vischer (zit. Anm. 17) 364, 365, 367, 368.

⁸⁵ So z.B. Watter (zit. Anm. 1) N 517 in einer ähnlichen Konstellation.

verschiedene Punkte der genauen Umschreibung und Koordination mit anderen Vertragsklauseln bedürfen. Während in der Regel die Art der Erfolgsbeteiligung noch recht genau

umschrieben ist, fehlen in der Regel im Unternehmenskaufvertrag Bestimmungen darüber, was bei allfälligen Umstrukturierungen des verkauften Unternehmens geschieht, was die Rechte und Pflichten der Parteien bezüglich dem gewünschten Erfolg sind, was bei Verletzung dieser Pflichten geschieht und in welchem Verhältnis die earn out-Klauseln zu anderen Vertragsbestimmungen stehen.

Auch diesbezüglich liegt eine ausführliche Vertragsgestaltung angesichts der unzureichenden Ausgestaltung des dispositiven Rechts im Interesse der Parteien⁸⁶. Allerdings ist wie bei allen Hinweisen zur Optimierung der Vertragsgestaltung der selbstverständliche Grundsatz zu berücksichtigen, dass der Aufwand der Vertragsgestaltung den zu erwartenden Mehrwert nicht übersteigen darf⁸⁷.

⁸⁶ *Watter* (zit. Anm. 1) N 474.

⁸⁷ Dazu z.B. *Watter* (zit. Anm. 1) N 28 ff., N 475.